



nonché elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultima in  
Milano via San Paolo n. 7;

nonché

**Snam Rete gas S.p.a.**, in persona del legale rappresentante pro  
tempore, P.I. 13271395108, con sede legale in San Donato Milanese,  
Piazza Santa Barbara n. 7 .

\*\*\*

### **Svolgimento del giudizio arbitrale**

Con "Atto introduttivo di arbitrato e contestuale nomina di arbitro",  
notificato a Italgas S.P.A. (Italgas) il 4 settembre 2017 ("Domanda di  
arbitrato"); Costanza Costruzioni S.r.l. ("Costanza Costruzioni") ha  
nominato l'Avv. Rosario Scalise quale arbitro in un procedimento  
arbitrale instaurato in base all'art. 34 del Contratto d'appalto n.  
3111000139 del 12 luglio 2011, Prot. PROCU/ACQ TO n. 826  
("Contratto d'Appalto"), invitando Italgas a nominare il proprio  
arbitro.

Nella Domanda di arbitrato, Costanza Costruzioni ha lamentato  
l'inadempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto di Appalto  
avente ad oggetto «lavori di manutenzione, ampliamento e  
potenziamento reti gas metano, costruzione e allacciamenti utenza  
(parte interrata ed aerea) e pronto intervento integrativo. Lavori di  
piccola manutenzione edile e impiantistica sugli immobili insistenti  
sul centro operativo di Enna Lotto 1 e Lotto 2», con durata prevista

  
2

dall'1.08.2011 al 31.07.2013, i cui importi “venivano preventivati nella misura complessiva di € 1.987.000,00.

In particolare, Costanza Costruzioni ha chiesto al Collegio Arbitrale di pronunciarsi sui seguenti quesiti: "con riserva di precisazione ed ulteriore esplicitazione all'atto di costituzione del Collegio: Quesito numero 1: Dicano gli arbitri, sulla base di quanto descritto in narrativa e di quanto si esporrà e documenterà nel corso del giudizio, previa opportuni accertamenti, se sussistono i presupposti per dichiarare l'inadempimento contrattuale della Italgas Società Italiana per il Gas S.p.A, e della Snam Rete Gas S.p.A., alle obbligazioni di cui al contratto di appalto (Prot. PROCU/ACQ TO n. 826, del 12.07.2011) avente ad oggetto «lavori di manutenzione, ampliamento e potenziamento reti gas metano, costruzione e allacciamenti utenza (parte interrata ed aerea) e pronto intervento integrativo. Lavori di piccola manutenzione edile e impiantistica sugli immobili insistenti sul centro operativo di Enna Lotto 1 e Lotto 2». Quesito numero 2: Dicano gli arbitri se, in conseguenza dell'inadempimento come rubricato e chiesto al quesito 1, la società Costanza Costruzioni s.r.l. abbia diritto al pagamento della somma di Euro 1.480.472, 58 (... di cui Euro 440.972, 58 per materiali; Euro 539.500, 00 per mezzi ed attrezzature; Euro 500.000 per perdita di chance, ovvero nelle differenti misure, maggiori o inferiori, che per le medesime voci risulteranno accertate in corso di causa o che saranno ritenute di giustizia; per l'effetto, dichiarino tenuta e conseguentemente condannino le società Italgas Società Italiana per il Gas S.p.a. e Snam

Rete Gas S.p.A., al pagamento in favore di Costanza Costruzioni S.r.l, dei relativi importi".

Costanza Costruzioni ha altresì richiesto in via istruttoria: (i) l'esibizione ex art. 210 c.p.c. "della documentazione contabile dei lavori eseguiti da imprese terze, incaricate dal gestore, nell'ambito disciplinato dal contratto di appalto, in particolare RDC dal mese di agosto 2011 fino al mese di aprile 2013 ed agli stati di avanzamento dei detti lavori, stante l'inadempimento della convenuta" alla richiesta dell'attrice in data 29 maggio 2013; (ii) una CTU contabile "diretta a quantificare i danni patiti" e (iii) l'ammissione di ulteriori 23 capitoli di prova testimoniale a mezzo di Salvatore Costanza, Zambito Carmelo, Daniele Calogero, Vitello Filippo e Vitello Salvatore.

A sostegno delle proprie domande, Costanza Costruzioni ha dedotto che: (i) sebbene i lavori oggetto del Contratto d'Appalto fossero stati "preventivati nella misura complessiva di €1.987.000" e fosse stata "pretes[a] una particolare e complessa organizzazione d'impresa" per il loro svolgimento, Italgas avrebbe "alterato, compromettendolo, l'equilibrio sinallagmatico tra prestazioni effettivamente svolte e previsioni contrattuali", giungendo a far effettuare alla Costanza Costruzione lavorazioni per importi molto inferiori a quelli individuati in contratto e pari "ad un misero 36% del previsto, decorso circa il 90% del tempo contrattuale", così "di fatto imped[endo] all'attrice l'esecuzione di ordini applicativi di significativo importo" nonché "negandole la possibilità di avvalersi di subcontratti di nolo a caldo ... e a freddo" e giungendo a far effettuare ; (ii) la dedotta "irrituale ed ingiusta sottrazione degli ordini applicativi" e la relativa "gestio a dir

poco arbitraria del contratto" da parte di Italgas avrebbe leso non solo il "fondamentale precetto della *bona fides* ma anche ... [il] legittimo affidamento della società appaltante nella ragionevole aspettativa dello svolgimento dei lavori appaltati; (iii) "pur nella consapevolezza che l'indicazione dell'importo contrattuale, nel caso di contratti aperti, non implic[hi] la definizione a priori del *quantum* della prestazione, che resta invece da determinarsi in ragione del numero e dell'importo degli interventi effettuati, si ritiene parimenti incontrovertibile che l'importo dell'appalto non possa legarsi a mere ipotesi di sviluppo delle lavorazioni, in modo da rendere del tutto aleatorio ed indeterminato l'importo contrattuale"; (iv) la descritta condotta di Italgas avrebbe causato "un gravissimo pregiudizio economico" all'attrice, impedendole persino di coprire i "costi della manodopera, con una perdita ingiustificata pari a € 440.972, 58 per materiali ed € 539.500, 00 per mezzi e attrezzature".

Con "Atto di nomina di Arbitro" in data 22 settembre 2017, rinnovato in data 13 marzo 2018, Italgas ha nominato arbitro il Prof. Avv. Massimo Zaccheo e:

- (i) ha eccepito preliminarmente la nullità e/o inefficacia della clausola compromissoria e la conseguente incompetenza del Collegio Arbitrale per difetto "dell'autorizzazione motivata al deferimento ad arbitri delle controversie relative al contratto in oggetto da parte dell'organo di governo dell'amministrazione aggiudicatrice (Italgas), richiesta sia dall'art. 241 del D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (e successive



modificazioni) sia dall'art. 209 del D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 a pena di nullità della clausola compromissoria”;

- (ii) ha contestato integralmente la ricostruzione dei fatti contenuta nella Domanda di arbitrato, con riserva di dedurre più specificamente su ciascuna delle domande e allegazioni attoree (incluse quelle istruttorie) nel corso del giudizio.

A seguito delle operazioni di sorteggio, tenutesi il 21 marzo 2018, la Camera Arbitrale presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione ("ANAC") ha nominato, con provvedimento del 16 Aprile 2018, come presidente del collegio la Prof.ssa Avv. Maria Rosaria Maugeri.

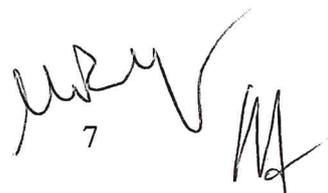
Il Collegio Arbitrale, ha accettato l'incarico, si è costituito e ha indicato, come Sede dell'Arbitrato, la Camera Arbitrale dell'Anac, sita in Via Marco Minghetti 10, Roma, durante l'udienza del 6 settembre 2018, h.12. In quell'occasione, presente anche il Segretario del Collegio, Dott.ssa Luciana Ciaccia, è stato dato atto che il valore della controversia potesse essere definito indicativamente nella cifra richiesta a titolo di risarcimento danni, pari a 1.480.472,58. Il Collegio ha dato, altresì, atto del fatto che Snam Rete Gas non ha aderito all'arbitrato e ha fissato per 12:20 del medesimo giorno una riunione per l'esperimento del tentativo di conciliazione. Durante quest'ultima riunione il Collegio, dato atto del fallimento del tentativo di conciliazione, ha assegnato "alle parti termine fino al 12 ottobre ...[2018] per il deposito delle memorie corredate dai documenti e dalle eventuali richieste istruttorie e termine fino al 31 ottobre ... [2018] per il deposito di repliche ed eventuali integrazioni e precisazioni delle domande, dei documenti e delle richieste istruttorie

[fissando] l'udienza di trattazione per il giorno 22 novembre". Quest'ultima udienza è stata successivamente anticipata a giorno 21 Novembre 2018.

Con Memoria autorizzata di giorno 8 Ottobre 2018, Costanza Costruzioni, oltre a ribadire quanto già affermato nella Domanda di Arbitrato, ha argomentato a favore della validità della clausole arbitrale. In particolare ha affermato di aver "instaurato un giudizio civile, n. 322/2015 RG, davanti il tribunale civile di Enna; controparte, costituendosi in giudizio, ha obiettato il difetto di giurisdizione, eccependo l'incompetenza del Giudice Ordinario ed invocando la clausola arbitrale di cui all'art. 34 del contratto d'appalto ... La società esponente vi ha aderito e, pertanto, con sentenza n. 386/2017 .. resa nel proc. Civ. n. 322/2015 RG, promosso dall'istante contro Italgas Società Italiana per il Gas p.a. e Snam rete Gas S.p.A., il tribunale civile di Enna, in persona del giudice monocratico dott.ssa Eleonora Guarneri, ha dichiarato la propria incompetenza, assegnando a parte attrice (Costanza Costruzioni s.r.l.) il termine di mesi tre per la riassunzione della causa avanti l'Arbitro Competente".

Italgas si è costituita nel procedimento arbitrale con memoria del 12 Ottobre 2018, chiedendo l'integrale rigetto delle domande avversarie, incluse quelle istruttorie, in quanto inammissibili e/o infondate, nonché svolgendo domanda riconvenzionale pari a Euro 22.247,48 per pagamenti fatti a fornitori di Costanza Costruzioni.

Italgas, oltre a reiterare le argomentazioni già prospettate nell'Atto di nomina dell'arbitro del 13 marzo 2018, ha ribadito che: (i) Costanza Costruzioni si era "assunta obblighi organizzativi di mezzi,



Handwritten signature and initials in blue ink, located at the bottom right of the page. The signature appears to be 'M. M.' with a small '7' below it.

attrezzature e personale necessari per eseguire i lavori ed una gestione a proprio rischio senza diritto di pretendere compensi aggiuntivi a fronte di costi maggiori di quelli preventivati”; (ii) il contratto di appalto era un contratto aperto che si caratterizzava per l’indeterminatezza consentita sul numero degli interventi appaltati, non preventivabili *ex ante*; (iii) l’indicazione dell’importo contrattuale era da considerarsi soltanto presunto e costituiva, pertanto, solo una soglia di riferimento, suscettibile di diminuzione e aumento sulla base del quantitativo di lavori effettivamente svolto; (iv) che, Italgas non aveva garantito a Costanza Costruzioni “né la continuità, né l’esclusività, né alcun minimo di lavori”; (v) “la contrazione delle commesse deriva[va] dai gravi problemi organizzativi, che avevano impedito alla Costanza Costruzioni di operare sin dalla data stabilita in contratto oltre che da ulteriori mancanze nell’esecuzione di quest’ultimo” e dalla crisi economica.

Gli inadempimenti sarebbero stati contestati da Italgas e dai comuni in cui Costanza Costruzioni operava. Quest’ultima, a detta di Italgas, avrebbe persino ammesso alcune manchevolezze contestate. In ragione di tutto ciò, Italgas sarebbe stata costretta ad avvalersi di altre imprese, al fine di garantire la continuità del servizio di distribuzione del gas e la sicurezza degli utenti.

Italgas ha precisato che, con telegramma del 3 giugno 2013, "visto il ... mancato riscontro ai continui solleciti ... e viste le continue lamentele delle pubbliche amministrazioni e vista la salvaguardia dell'incolumità pubblica", ha diffidato Costanza Costruzioni ad intervenire, informandola che "in caso di mancato ... intervento entro i



termini descritti" avrebbe provveduto "all'assegnazione dei lavori ad altra impresa".

Italgas, inoltre, ha chiesto il pagamento di Euro 22.247,48 (oltre interessi e rivalutazione), pagati direttamente ai fornitori di Costanza Costruzioni.

In particolare, Italgas ha rappresentato che, in forza dell'obbligo di garanzia assunto per il caso di inadempimento del proprio appaltatore verso i fornitori del sistema di *e-business* (art. 8 del Contratto d'Appalto), avrebbe dovuto pagare alcuni dei fornitori della stessa Costanza Costruzioni per un complessivo importo pari a Euro 22.247,48. Più specificamente, Italgas avrebbe pagato: (i) Euro 1.234,60 a Arvedi Tubi Acciaio S.p.A.; (ii) Euro 5.409,98 a Conchiglia S.p.A.; (iii) Euro 2.207,04 a Greiner S.p.A.; (iv) Euro 3.803,95 a Idrotherm 2000 S.r.l.; (v) Euro 762,48 a Montini S.p.A.; (vi) Euro 6.435,49 a Nupigeco S.p.A.; (vii) Euro 2.393,94 a Ravetti S.r.l..

Italgas ha chiesto di dichiarare inammissibili le prove indicate da Costanza Costruzioni e nell'ipotesi in cui, invece, fossero state ammesse, di ammettere prova per testi su ulteriori capitoli, indicando Antonino Scalisi e Ivan Fontana come soggetti da udire.

Italgas ha altresì richiesto di condannare Costanza costruzioni a pagare integralmente tutte le spese e gli onorari del Collegio arbitrale e dei difensori di Italgas

Il 21 Novembre 2018 il Collegio Arbitrale si è riunito in Roma per la discussione. La Presidente ha effettuato la relazione e le parti hanno



9

illustrato oralmente la propria difesa riportandosi ai rispettivi atti. Dopo l'illustrazione i difensori si sono allontanati dall'aula.

Il Collegio in quella sede ha respinto le richieste istruttorie e ha assegnato il termine per il deposito di ulteriori documenti sino al 28 Novembre e sino al 5 Dicembre 2018 per eventuale successivo deposito di documenti, riservandosi la decisione sugli altri punti controversi. Nelle memorie presentate successivamente dalle parti non ci sono elementi nuovi rispetto a quanto già affermato nelle memorie precedenti.

## MOTIVI DELLA DECISIONE

### **1. Nullità della clausola arbitrale e difetto di competenza.**

In via preliminare occorre soffermarsi sulla competenza del Collegio Arbitrale.

Italgas ha sollevato un'eccezione di nullità della clausola arbitrale per difetto della necessaria autorizzazione motivata dell'organo amministrativo richiesta sia dall'art. 241, comma 1, del vecchio Codice degli Appalti (D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e successive modificazioni) sia dall'art. 209, comma 3, del nuovo Codice degli Appalti (D.lgs. 18 aprile 2016 n. 50) a pena di nullità della clausola compromissoria.

Per Italgas non potrebbe implicitamente dedursi alcuna "autorizzazione motivata" dal semplice fatto che Italgas abbia sollevato un'eccezione di incompetenza nel giudizio civile dinanzi al Tribunale di Enna (R.G. 322/2015), per di più tramite procuratore *ad litem* privo del potere sostanziale per rilasciarla.

Il Collegio ritiene che sulla "operatività" e, dunque, efficacia e validità (non nullità) della clausola si sia già formato un giudicato.

Ed invero, il Tribunale di Enna, nella sentenza del 14 Giugno 2017, ha:

- non solo ritenuto che "alla luce del chiaro disposto contenuto nella richiamata clausola contrattuale si evince la chiara espressione della volontà delle parti di sottrarsi totalmente alla tutela giurisdizionale ordinaria per affidarsi a quella arbitrale. L'arbitrato previsto da tale clausola, peraltro, deve qualificarsi come arbitrato rituale, attesa l'inequivoca manifestazione di volontà in tal senso rappresentata dalle parti che hanno indicato la decisione sostitutiva di quella giudiziale di cui è menzione nella richiamata previsione pattizia come emessa "secondo diritto". Deve quindi concludersi che le parti, sottoscrivendo la clausola compromissoria per arbitrato rituale di cui sopra hanno manifestato inequivocabilmente la volontà di prescindere completamente dalla tutela giurisdizionale ordinaria"; ma ha anche

- ma anche dichiarato "l'operatività", e, dunque, l'efficacia di tale clausola ("Va poi precisato che l'operatività della esaminata clausola compromissoria in riferimento alla presente controversia, determinando una deroga convenzionale alle attribuzioni del giudice ordinario comporta, in presenza della relativa eccezione, che il



Handwritten signature and initials in blue ink, with the number 11 written below.

giudice ordinario debba declinare la propria competenza a conoscere della controversia medesima in favore degli arbitri”).

La decisione non è stata appellata da Italgas cosicché sul punto si è formato un giudicato vincolante.

## **2. Inadempimento contrattuale e risarcimento dei danni**

Nel merito, Costanza Costruzioni ha lamentato un non corretto adempimento del Contratto di Appalto e ha chiesto il pagamento della somma di Euro 1.480.472,58 a titolo di ristoro.

Costanza Costruzioni, in particolare, ha lamentato il non rispetto delle previsioni contrattuali. In particolare, Italgas - secondo Costanza Costruzioni - le avrebbe fatto svolgere prestazioni inferiori rispetto a quanto pattuito, così determinandole una perdita economica. La tesi di Costanza Costruzioni è che un contratto aperto, pur non definendo in modo preciso l'importo delle commesse, indichi comunque una misura compatibile con il contratto stesso. Italgas non avrebbe rispettato tale limite, contraendo in misura elevata quanto prevedibile, e avrebbe, pertanto, cagionato un danno. Italgas avrebbe, pertanto, leso l'affidamento e il principio di buona fede rilevante sia in sede precontrattuale sia in fase esecutiva (l'espressione usata è “*gestio*”).

Italgas, invece, ha sostenuto che non solo la contrazione delle commesse sarebbe stata compatibile con la circostanza che il contratto fosse “aperto”, ma che tale contrazione, in ogni caso, sarebbe stata giustificabile, tenuto conto dei gravi problemi organizzativi di Costanza Costruzioni, che avevano determinato un non corretto

adempimento delle diverse commesse da parte di quest'ultima. Italgas ha a ciò aggiunto che anche la crisi economica sarebbe stata idonea a giustificare la contrazione delle commesse.

Il Collegio ritiene che anche nei contratti aperti esista una soglia di riferimento da tenere in considerazione per valutare la correttezza o meno dell'adempimento. Diversamente opinando, infatti, il contratto risulterebbe indeterminabile. La circostanza che si abbia comunque una soglia di riferimento è, fra l'altro, ammessa anche da Italgas. Lo scostamento da tale soglia deve, pertanto, essere ragionevole, tenuto conto della regola in tema di buona fede nell'esecuzione del contratto. Coerentemente con questa impostazione, è lo stesso Capitolato d'Appalto, approvato dai contraenti, a consentire solo in ipotesi tassative alla Committente di effettuare la facoltà di scorporo senza attribuire un compenso all'appaltatore, al di là del pagamento, alle condizioni contrattuali, dei lavori effettivamente eseguiti (Clausola 3.13). Al di fuori di tali ipotesi dovrebbe risultare applicabile quanto previsto dall'art. 162, comma 1, del D.P.R. 207/2010, che limita la variazione al quinto dell'importo del contratto.

Una delle ipotesi contemplate dalla suddetta clausola 3.13 è quella relativa alla necessità di "sopperire a deficienze organizzative e tecniche dell'Appaltatore".

E a questa deficienza fa, infatti, riferimento Italgas.

L'altra ragione della contrazione addotta da Italgas, e cioè la crisi economica, oltre a non essere compatibile con l'attribuzione di commesse ad altre imprese, come invece è avvenuto, non è espressamente contemplata dalla clausola citata.



Handwritten signature and initials in blue ink, located in the bottom right corner of the page.

Con riferimento alle deficienze organizzative e ai ritardi nell'esecuzione, Italgas avrebbe dovuto in primo luogo provare l'effettiva incidenza delle inadempienze sull'andamento complessivo del rapporto, cosa che non ha fatto, e in ogni caso, in un'ottica di buona fede nell'esecuzione del contratto, avrebbe dovuto avvertire Costanza Costruzioni che tali non corretti adempimenti avrebbero comportato la riduzione delle commesse. Cosa che Italgas ha fatto solo nel giugno del 2013, e cioè un mese prima che scadesse il termine finale del contratto. La circostanza che non vi sia stata una comunicazione sul punto, fa sì che quanto meno le modalità di esercizio di tale facoltà, risultino contrarie alla buona fede nell'esecuzione del contratto e determinino, pertanto, l'obbligo di risarcire controparte.

Il risarcimento, in ogni caso, andrebbe limitato al mancato utile sulla parte residua dei lavori non realizzati, anche tenendo in considerazione la facoltà di Italgas di *ius variandi* prevista dal citato art. 162, comma 1, nel solco dei principi di cui all'art. 134, comma 2, del DLgs 163/2006, secondo il quale: "Il decimo dell'importo delle opere non eseguite è calcolato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso d'asta, e l'ammontare netto dei lavori eseguiti".

Non è possibile quantificare esattamente a quanto corrisponda il quinto dell'importo del contratto e ciò perché le due parti hanno prodotto stime diverse di tale importo (Italgas maggiore di quella di Costanza Costruzioni) e, pertanto, il Collegio - quantificati gli importi delle fatture presenti fra gli atti di causa e operata la differenza -

ritiene di dover condannare Italgas a pagare in via equitativa a Costanza Costruzioni 100.000,00 euro a titolo di risarcimento dei danni per la contrazione ingiustificata delle commesse.

### **3. Crediti vantati da Italgas**

Italgas, inoltre, ha chiesto, con domanda riconvenzionale, il pagamento di Euro 22.247,48 (oltre interessi e rivalutazione), pagati direttamente ai fornitori di Costanza Costruzioni.

In particolare, Italgas ha rappresentato che, in forza dell'obbligo di garanzia assunto per il caso di inadempimento del proprio appaltatore verso i fornitori del sistema di *e-business* (art. 8 del Contratto d'Appalto), avrebbe dovuto pagare alcuni dei fornitori della stessa Costanza Costruzioni per un complessivo importo pari a Euro 22.247,48. Più specificamente, Italgas avrebbe pagato: (i) Euro 1.234,60 a Arvedi Tubi Acciaio S.p.A.; (ii) Euro 5.409,98 a Conchiglia S.p.A.; (iii) Euro 2.207,04 a Greiner S.p.A.; (iv) Euro 3.803,95 a Idrotherm 2000 S.r.l.; (v) Euro 762,48 a Montini S.p.A.; (vi) Euro 6.435,49 a Nupigeco S.p.A.; (vii) Euro 2.393,94 a Ravetti S.r.l.

La circostanza risulta provata e, quindi, il Collegio condanna Costanza Costruzioni alla restituzione di Euro 22.247,48 oltre agli interessi legali dalla data dei diversi pagamenti effettuati a terzi.

### **4. Spese del giudizio**

Sussistono secondo il Collegio giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio. Il compenso del Collegio arbitrale viene posto a carico delle parti nella misura del 50% ciascuna, salvo il vincolo di solidarietà, e liquidato come da separata determinazione dell'ANAC.

### PQM

Il Collegio arbitrale all'unanimità, definitivamente pronunciando, così provvede:

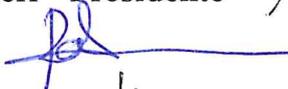
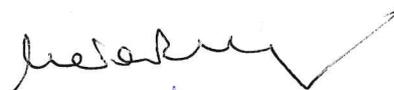
- in parziale accoglimento delle domande di Costanza Costruzioni, condanna Italgas a corrispondere a Costanza Costruzioni la somma di Euro 100.000;
- in accoglimento della domanda di Italgas, condanna Costanza Costruzioni a restituire a Italgas la somma di Euro 22.247,48 oltre agli interessi legali calcolati come in motivazione.

Roma,

Prof. Avv. Maria Rosaria Maugeri - Presidente

Avv. Rosario Scalise - Arbitro

Prof. Avv. Massimo Zaccheo - Arbitro



15/4.2019



28.3.2019

Depositato in Segreteria

.....29 aprile 2019

Il Segretario

